

Aleksandra Budniak

Charakter prawny oraz dopuszczalność zawarcia zapisu na sąd polubowny w prawie polskim i niemieckim (cz. I)

I. Uwagi wprowadzające

Sądownictwo polubowne (zwane również sądownictwem arbitrażowym) jest specyficznym trybem rozstrzygania spraw cywilnych przez organ, który nie jest sądem państwowym. Jego istnienie oznacza przełamanie monopolu państwa w zakresie rozstrzygania spraw należących do postępowania cywilnego¹. W doktrynie często podkreśla się, że arbitraż wykazuje liczne zalety w stosunku do sądownictwa państwowego. Rozpoznanie sprawy przez sąd polubowny może zapewnić w większym stopniu wydanie rozstrzygnięcia odpowiadającego specyfice konkretnego sporu. To strony decydują bowiem o tym, kto rozpatrzy ich sprawę – mogą więc wybrać arbitrów, których darzą zaufaniem². Dzięki temu możliwe jest również bardziej życiowe rozstrzygnięcie konfliktu przez osoby znające lepiej pewną dziedzinę stosunków społecznych niż sędziowie zawodowi³. Dlatego też orzeczenia sądu polubownego mogą cieszyć

¹ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2005, s. 496.

² Tamże.

³ W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1972, s. 604; podobnie E. Samseł, *Sąd polubowny remedium na nowe sprawy*, EP 2003, nr 12, s. 36; I. Schwytz, *Schiedsklauseln und Schiedsrichtervertrag*, Heidelberg 2001, s. 3.

się nawet większym autorytetem u stron⁴, co zazwyczaj wpływa na skuteczność jego dobrowolnego wykonania⁵. Arbitraż jest też mniej sformalizowany, tańszy i z reguły szybszy niż postępowanie przed sądem powszechnym⁶. Na korzyść sądu polubownego przemawia również fakt, że strony mają duży wpływ na sposób, zasady postępowania i reguły będące podstawą rozstrzygnięcia przez ten sąd⁷.

Cechy te mają z pewnością istotny wpływ na wciąż rosnące zainteresowanie tym sposobem rozstrzygania sporów i powodują, że sądownictwo polubowne odgrywa obecnie bardzo istotną rolę w praktyce, szczególnie w sprawach o charakterze międzynarodowym. Dostrzegając taką właśnie tendencję, Komisja Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ⁸ już w 1985 r. stworzyła ustawę modelową o międzynarodowym arbitrażu handlowym (jest to tzw. **ustawa modelowa UNCITRAL** – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*). Stanowi ona wzór wewnętrznych uregulowań międzynarodowego arbitrażu handlowego zalecany przez Zgromadzenie Ogólne ONZ. W praktyce regulacja ta została implementowana do prawa wielu państw, w tym również do polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego. W Polsce regulacja sądownictwa polubownego została zmieniona na mocy ustawy z 28 lipca 2005 roku, która weszła w życie 1 stycznia 2006 r.⁹, a w Niemczech nowelizacja przepisów dotyczących arbitrażu miała miejsce nieco wcześniej – na podstawie ustawy z 22 grudnia 1997 r., która

⁴ S. Dałka, [w:] K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2002, s. 790.

⁵ E. Samsel, *Sąd polubowny...*, s. 36.

⁶ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne...*, s. 496; podobnie S. Dałka, [w:] K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 791; podobnie E. Samsel, *Sąd polubowny...*, s. 36; I. Schwytz, *Schiedsklauseln...*, s. 3.

⁷ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne...*, s. 496; podobnie S. Dałka, [w:] K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 791; podobnie E. Samsel, *Sąd polubowny...*, s. 36; I. Schwytz, *Schiedsklauseln...*, s. 3.

⁸ Skrót: UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*.

⁹ W miejsce dotychczasowej księgi III części I zatytułowanej „Sąd polubowny” (art. 695-715) wprowadzono do kodeksu postępowania cywilnego część V, którą nazwano „Sąd polubowny (arbitrażowy)” (art. 1154-1217).

obowiązuje od 1 stycznia 1998 r.¹⁰ W obu krajach przyjęta została ogólna regulacja sądownictwa polubownego, bez wyodrębniania arbitrażu w sprawach „krajowych” i w sprawach „międzynarodowych”.¹¹ Zarówno w Polsce, jak i w Niemczech zmiany te miały na celu zharmonizowanie norm prawnych dotyczących sądownictwa polubownego oraz dostosowanie ich do standardów międzynarodowych (wytyczonych przez ustawę modelową UNCITRAL), uwzględnienie nowoczesnych trendów rozwoju prawa w tym przedmiocie, a także uatrakcyjnienie arbitrażu jako sposobu rozstrzygania sporów poprzez wprowadzenie przepisów bardziej jednoznacznych niż dotychczasowe¹².

Z oczywistych względów reformy te odnosiły się również do **zapisu na sąd polubowny**¹³ – w doktrynie podkreśla się, że **jest on centralną**

¹⁰ W ten sposób księga 10 ZPO (§ 1025-1066) nosząca tytuł „Postępowanie arbitrażowe” („*Schiedsrichterliches Verfahren*”) została w zasadzie całkowicie zmieniona.

¹¹ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne...*, s. 497-498; R. Mönnikes, *Die Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts. Das neue 10. Buch der ZPO*, Hamburg 2000, s. 4-5.

¹² J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta – Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta – Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2006, s. 346; R. Mönnikes, *Die Reform...*, s. 3-5.

¹³ W Polsce, zgodnie z treścią art. 1161 § 1 k.p.c., poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wymaga umowy stron, w której należy wskazać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wyniknął lub może wynikać. Jak podkreśla się w doktrynie, polski ustawodawca nazywa tę umowę tradycyjnie zapisem na sąd polubowny – podobnie jak w d. art. 698 § 1 k.p.c. oraz w art. 486 k.p.c. z 1932 r., choć w literaturze okresu międzywojennego używano dla niej określenia „układ o sąd polubowny.” – por. R. Morok, *Mediacja i arbitraż. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 127; R. Kuratowski, *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 1932, s. 19 i nast.; podobnie S. Dalka, *Sądownictwo polubowne w PRL*, Warszawa 1987, s. 47; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, Kraków 1934, s. 963 i nast. W doktrynie zwraca się jednak uwagę, że na gruncie prawa polskiego można używać w odniesieniu do zapisu na sąd polubowny również terminu umowa o arbitraż (umowa arbitrażowa), które stosuje się w prawie niemieckim i w stosunkach międzynarodowych. – por. M. Paźdzan, *Prawo właściwe do oceny zapisu na sąd polubowny*, Rejent 2003, nr 10, s. 174. W Polsce dopuszczalne jest zawarcie zarówno specjalnej umowy o poddanie pod rozstrzygnięcie sądu polubownego sporu już istniejącego (tzw. kompromis – zapis na sąd polubowny w ścisłym słowa znaczeniu), jak i sporu, który dopiero może powstać w przyszłości – wtedy zapis na sąd polubowny przybiera postać klauzuli kontraktowej zamieszczonej w umowie materialnoprawnej albo w odrębnej umowie z nią związanej (jest to tzw. klauzula kompromisarska

instytucją sądownictwa polubownego¹⁴. Do poddania sporu orzecznictwu sądu arbitrażowego konieczne jest bowiem zawarcie umowy arbitrażowej, która **stanowi jedyną podstawę wyłączenia kognicji sądu powszechnego w danej sprawie i rozstrzygnięcia jej w drodze arbitrażu**¹⁵. Prawidłowe jej sporządzenie jest niezwykle ważne dla osiągnięcia takiego właśnie celu. Ponadto w literaturze zwraca się często uwagę, że zapis na sąd polubowny może zawierać regulacje kształtujące przebieg postępowania przed sądem arbitrażowym, a skarga o uchylenie wyroku takiego sądu często znajduje oparcie w zarzutach dotyczących ważności lub prawidłowości zapisu na sąd polubowny¹⁶.

W związku z tym dla praktyki prawniczej podstawowe znacznie ma określenie zasad dopuszczalności zawarcia tej umowy – tzn. wskazanie kręgu podmiotów, które mogą zawrzeć porozumienie o poddaniu konfliktu orzecznictwu sądu polubownego (tzn. posiadających tzw. zdolność

lub inaczej klauzula arbitrażowa) – por. R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 127; podobnie E. Samseł, *Sąd polubowny...*, s. 36; T. Szurski, *Arbitraż – skuteczny sposób likwidowania sporów*, MoP 1998, nr 12, s. 471; M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż, podstawowe problemy prawne*, PUG 1994, nr 1, s. 15; W. Miszewski, *Proces cywilny w zarysie. Część pierwsza*, Warszawa-Lódź 1946, s. 252; K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne. Komentarz dla potrzeb praktyki*, Warszawa 1961, s. 14-15; S. Dalka, *Sądownictwo polubowne...*, s. 47-48. Natomiast w Niemczech definicja legalna zapisu na sąd polubowny zawarta jest w § 1029 ust. 1 ZPO. Zgodnie z treścią tego przepisu strony mogą w umowie o arbitraż (*Schiedsvereinbarung*) poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wszystkie między nimi wynikłe lub mogące wyniknąć w przyszłości spory o charakterze umownym lub pozaumownym, dotyczące określonego stosunku prawnego. Inaczej niż w Polsce, ustawodawca niemiecki podkreśla wyraźnie w § 1029 ust. 2 ZPO, że umowa ta może zostać zawarta zarówno w formie samodzielnej – jako kompromis (*Schiedsabrede*), jak i w postaci klauzuli zawartej w innej umowie – klauzuli kompromisarskiej (*Schiedsklausel*).

¹⁴ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 127.

¹⁵ Działanie umowy arbitrażowej bardzo obrazowo przedstawił K. Massuras: „W znaczeniu procesowym każdorazowo zawarcie zapisu na sąd polubowny pociąga za sobą powstanie nowego, indywidualnego i zamkniętego świata procesowego. W ten sposób nie zostaje jedynie ustalona specyficzna umowna właściwość wyłączna (sądu polubownego), lecz przede wszystkim powołana zostaje do życia swego rodzaju specjalna, również wyłączna i swoista jurysdykcja (sądu arbitrażowego).” – tak K. Massuras, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteientscheidungsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main-Berlin-New York-Paris-Wien 1998, s. 262-263.

¹⁶ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 127.

arbitrażową) oraz oznaczenie rodzaju sporów, które mogą być rozstrzygane w drodze arbitrażu (tzn. spełniających warunki tzw. zdatności arbitrażowej). Zarówno przepisy kodeksu postępowania cywilnego, jak i ZPO przyznają wprawdzie stronom sporu szeroką autonomię w zakresie wyboru arbitrów oraz przebiegu i zasad postępowania (liczne przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące zapisu na sąd polubowny mają bowiem znaczenie jedynie subsydiarne i stosuje się je tylko w przypadku, gdy strony inaczej nie postanowiły)¹⁷. Jednakże normy regulujące dopuszczalność zawarcia zapisu na sąd polubowny mają zwykle charakter *iuris cogentis*. Niezastosowanie się do ich dyspozycji może więc skutkować nieważnością umowy arbitrażowej (lub ew. wzruszalnością wyroku wydanego przez sąd polubowny, który został powołany na jej podstawie i uzyskał w jej wyniku kompetencję do rozstrzygnięcia danego konfliktu). Dlatego też znajomość ich treści i wykładni jest niezbędna dla wszystkich podmiotów, które pragną zawrzeć zapis na sąd polubowny, nie narażając się takie nieoczekiwane następstwa.

W stanie prawnym obowiązującym w Polsce i w Niemczech przed wskazanymi powyżej nowelizacjami dotyczącymi sądownictwa polubownego regulacje odnoszące się do tej kwestii miały charakter bardzo fragmentaryczny. Rodziło to konieczność powoływania się na niejednorodne (a niekiedy nawet sprzeczne) poglądy judykatury i orzecznictwa. Dlatego też postanowienia umów arbitrażowych były często nieprawidłowe i nie mogły stać się podstawą realizacji woli zawierających je stron, co prowadziło do niepewności prawa.

W związku z tym szczególnie uzasadnione jest postawienie pytania, czy w wyniku omawianych nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego i ZPO problem ten został należycie rozwiązany i czy doprowadziły one do wyeliminowania licznych wątpliwości interpretacyjnych, jakie powstawały pod rządami poprzednich regulacji prawnych. Przeprowadzenie w tym zakresie porównania przepisów polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego pozwoli poza tym na wyciągnięcie wniosków w odniesieniu do standardów i celów wyznaczonych przez ustawę modelową UNCTRAL.

¹⁷ J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 368.

Dla określenia zasad dopuszczalności zawarcia umowy arbitrażowej należy jednak najpierw wskazać normy prawne, które się do niej odnoszą. Nie można bowiem pominąć faktu, że zapis na sąd polubowny zaliczany jest wprawdzie do umów procesowych (bo instytucja ta uregulowana jest w prawie procesowym), lecz kwestia charakteru prawnego umowy arbitrażowej jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień związanych z sądownictwem polubownym. Nie została ona jednak rozwiązana w drodze regulacji prawnej – zarówno przed, jak i po omawianych nowelizacjach polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego.

II. Charakter prawny zapisu na sąd polubowny

Zapis na sąd polubowny jest uznawany za **umowę o charakterze materialnoprawnym, procesowym, mieszanym (materialno-procesowym) lub *sui generis***. W literaturze podkreśla się, że rozstrzygnięcie tej toczącej się od lat międzywojennych dyskusji ma nie tyle znaczenie czysto teoretyczne, ale przede wszystkim praktyczne. Jak już wspomniano, od przyjęcia jednej z przedstawionych koncepcji zależy bowiem określenie reżimu prawnego odnoszącego się do umowy arbitrażowej, a konkretnie możliwość stosowania do zapisu na sąd polubowny (wprost lub odpowiednio) przepisów prawa cywilnego materialnego.

Na wstępie rozważań w tym przedmiocie podkreślić należy, że w polskiej doktrynie i orzecznictwie przeważał dotąd pogląd o materialnoprawnym charakterze umowy o arbitraż, a niemiecka literatura i judykatura popierały zasadniczo koncepcję mieszaną. Obecnie zarówno w Polsce, jak i w Niemczech dominujące znaczenie ma teoria prawnoprocesowa¹⁸.

1. Teoria materialnoprawna

1) Stanowisko doktryny polskiej

W okresie międzywojennym za materialnoprawną koncepcją umowy arbitrażowej wypowiedział się J. Rosenblüth¹⁹. Podobny pogląd wyraził

¹⁸ K. Siedlik, *Charakter prawny umowy arbitrażowej w prawie niemieckim i polskim*, PUG 2000, nr 2, s. 21.

¹⁹ J. Rosenblüth, *Sądownictwo polubowne*, Palestra 1926, nr 10, s. 462 cyt. za R. Kułskim, *Umowy procesowe...*, s. 152.

wówczas również Sąd Najwyższy²⁰, który zaprezentował go także po zakończeniu II Wojny Światowej²¹. Obecnie teorię tę popierają m.in. W. Siedlecki, K. Potrzebowski i W. Żywicki, M. Uliasz, Z. Radwański, J. Krajewski, J. Mokry, F. Zedler, H. Dolecki oraz K. Siedlik²² i M. Jędrzejewska²³.

Przedstawiciele przedmiotowej teorii uważają, że zapis na sąd polubowny jest umową prawa cywilnego. Swój pogląd opierają przede wszystkim na spostrzeżeniach, że do jego zawarcia dochodzi poza pro-

²⁰ Por. orzeczenie SN z 14 stycznia 1938 r., C II 1724/37 cyt. za R. Morkiem, *Mediacja i arbitraż...*, s. 131.

²¹ Por. orz. Sądu Najwyższego z 26 października 1948 r., Wa.C. 291/48, PIP 1949, nr 12, s. 141 cyt. za R. Morkiem, *Mediacja i arbitraż...*, s. 131.

²² Por. W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Część szczegółowa*, Warszawa 1959, s. 380 cyt. za S. Dałką, *Sądownictwo polubowne...*, s. 55 i za K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne...*, s. 15 oraz W. Siedlecki, *O tzw. umowach procesowych*, [w:] *Studia prawa zobowiązań*, Poznań 1961, s. 169 i W. Siedlecki, *Glosa do orzeczenia SN z 27.6.1960 r., IV CR 874/59* (PIP 1961, nr 10, s. 649-651) cyt. za S. Dałką, *Sądownictwo polubowne...*, s. 55-56 i za R. Kułskim, *Charakter prawny umów procesowych*, PIP 2002, nr 1, s. 55, a także W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne...*, s. 606-607 i W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 431; K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne...*, s. 15; M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2006, s. 573; Z. Radwański, *Glosa II do orzeczenia SN z 13 czerwca 1975 r. II CZ 91/75* (OSP i KA 1977, nr 5, poz. 83, s. 203-205) cyt. za S. Dałką, *Sądownictwo polubowne...*, s. 56 i za R. Kułskim, *Charakter prawny...*, s. 56; J. Krajewski, *Glosa do orzeczenia SN z 20.4.1964r., II PR 251/64* (NP 1965, nr 9, s. 1077 i nast.) cyt. za S. Dałką, *Sądownictwo polubowne...*, s. 56; J. Mokry, *Wadliwe czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, Prawo XL, Wrocław 1971, s. 101-102 cyt. za R. Kułskim, *Charakter prawny...*, s. 56; F. Zedler, *Dochodzenie roszczeń majątkowych od małżonków*, Warszawa 1976, s. 113-115 cyt. za R. Kułskim, *Charakter prawny...*, s. 56; H. Dolecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 344; K. Siedlik, *Charakter prawny...*, s. 21 i nast.

²³ Autorka ta zaprezentowała oryginalny pogląd, że zapisowi na sąd polubowny nie można przyznać charakteru czynności procesowej, ponieważ stanowi on czynność podmiotów niebędących jeszcze podmiotami postępowania i jest w związku z tym dokonywany pomiędzy podmiotami równorzędnymi (tzn. podmiotami jednorodzajowymi – bez udziału sądu). Nie może on ponadto wpływać na tok postępowania, bo tego postępowania po prostu jeszcze nie ma. – por. M. Jędrzejewska, *Wpływ czynności procesowych na bieg przedawnienia*, Warszawa 1984, s. 22 i nast. cyt. za R. Kułskim, *Charakter prawny...*, s. 56.

cesem i między osobami niebędącymi stronami procesowymi oraz że nie wywiera on bezpośrednich skutków dla konkretnego procesu²⁴. Podkreślają przy tym, że umowa arbitrażowa jest wprawdzie umową prawa cywilnego, ale pomimo to może ona wywołać skutki procesowe w sytuacji, gdy strona, która ją zawarła, powoła się na nią w toczącym się procesie²⁵. Dopiero to zachowanie **stanowi czynność procesową** i wywrze skutek dla konkretnego procesu w postaci stwierdzenia przez sąd państwowy swojej niewłaściwości dla rozstrzygnięcia sprawy poddanej kognicji sądu polubownego drogą umowy arbitrażowej. Z uwagi na ten właśnie skutek prawo procesowe przepisuje warunki dla zapisu na sąd polubowny²⁶.

W związku z powyższym przedstawiciele teorii materialnoprawnej stoją na stanowisku, że z punktu widzenia prawa procesowego należy przede wszystkim badać, czy umowa o arbitraż czyni zadość warunkom określonym w kodeksie postępowania cywilnego, jednak dla oceny wszystkich innych kwestii należy stosować (wprost) przepisy prawa cywilnego materialnego²⁷ (regulujące m.in. zdolność do czynności prawnych, możliwość powołania się na wady oświadczenia woli, metody wykładni oświadczeń woli i sposoby zachowania formy pisemnej²⁸).

2) Stanowisko doktryny niemieckiej

Pogląd o materialnoprawnym charakterze umów procesowych wypowiedzieli autorzy projektu niemieckiego ZPO. Wyszli oni z założenia,

²⁴ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 131.

²⁵ Zapis jest więc zawierany poza procesem i wywiera skutki w procesie tylko przez podniesienie zarzutu niewłaściwości sądu. Umowy zawierane przed wszczęciem procesu cywilnego charakteryzują się pełną samodzielnością, ponieważ dopuszczalność tych umów nie jest poddana kontroli sądu (w przeciwieństwie do czynności procesowych). Poza tym nie mogą być uznawane za czynności procesowe, przede wszystkim dlatego, że mogą być uzależnione od warunku lub terminu i nie wykazują również cechy odwołalności właściwej czynnościom procesowym. – tak W. Siedlecki, *O tzw. umowach...*, s. 169 oraz W. Siedlecki, *Glosa do orzeczenia SN...*, s. 649-651 cyt. za S. Dalką, *Sądownictwo polubowne...*, s. 55-56 i za R. Kulskim, *Charakter prawny...*, s. 55.

²⁶ W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne...*, s. 606-607; W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne...*, s. 431.

²⁷ Tamże.

²⁸ Z. Radwański, *Glosa II do orzeczenia SN...*, s. 203-205 cyt. za S. Dalką, *Sądownictwo polubowne...*, s. 56 i za R. Kulskim, *Charakter prawny...*, s. 56.

że zapis na sąd polubowny jest umową prywatną. Powyższe stanowisko opierali na kanonicznej doktrynie prawa powszechnego, która (według nich), upatrywała w zapisie na sąd polubowny ugodę zawartą w celu zażegnania sporów między zakonnikami²⁹.

Wśród niemieckich i austriackich przedstawicieli nauki prawa postępowania cywilnego okresu międzywojennego koncepcję tę prezentowali Wach, Pollak, Kisch, Schmidt oraz Neuman³⁰. Poparcie dla takiego stanowiska znajdowali w ówczesnym brzmieniu BGB, który nakazywał oceniać ważność zapisu na sąd polubowny według prawa cywilnego³¹.

Po II Wojnie Światowej teorię materialnoprawną popierał K. Blomeyer. Jego zdaniem inny pogląd był po prostu niezgodny z obowiązującym prawem. Podnosił ponadto, że przy ocenie charakteru zapisu na sąd polubowny nie może być decydujący fakt, iż umowa ta wywołuje skutki procesowe. Sama ta okoliczność nie uprawniała bowiem, jego zdaniem, do uznania jej za czynność procesową. Ponadto na poparcie swojej tezy autor ten podawał znamienity przykład wywłaszczenia, które, pomimo iż wywołuje skutki w sferze prawa prywatnego, nie jest nigdy klasyfikowane jako akt o charakterze prywatnoprawnym³².

Obecnie za materialnoprawnym charakterem umowy o arbitraż opowiada się W. Lorenz. Jego zdaniem zapis na sąd polubowny jest z jednej strony zobowiązaniem materialnoprawnym, że strony sporu nie złożą skargi do sądu powszechnego, z drugiej zaś strony obliguje je do współdziałania w postępowaniu arbitrażowym. Umowa o arbitraż wywołuje skutek procesowy w postaci odrzucenia pozwu dopiero w przypadku podniesienia przed sądem powszechnym zarzutu istnienia zapisu na sąd polubowny przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy. Czynnością procesową jest więc podniesienie zarzutu, a nie samo zawarcie zapisu. Umowa o arbitraż ma w związku z tym charakter materialnoprawny

²⁹ W.J. Habscheid, *Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages und ihre Auswirkungen*, KTS 1955, s. 33.

³⁰ Cyt. za R. Kuratowskim, *Sądownictwo polubowne...*, s. 28 i nast. i za R. Kułskim, *Umowy procesowe...*, s. 151.

³¹ R. Kułski, *Umowy procesowe...*, s. 151.

³² K. Blomeyer, *Betrachtungen über die Schiedsgerichtsbarkeit*, [w:] *Beiträge zum Zivilprozessrecht. Festgabe zum siebzehnten Geburtstag von Leo Rosenberg*, München und Berlin 1949, s. 59.

i należy do niej stosować wprost przepisy BGB dotyczące czynności prawnych (§ 119 i nast., § 145 i nast., § 164 i nast., § 134, § 138)³³.

2. Teoria prawnoprocesowa

1) Stanowisko doktryny polskiej

W okresie międzywojennym w Polsce teorię o procesowym charakterze zapisu na sąd polubowny popierali przede wszystkim S. Gołąb i Z. Wusatowski, L. Peiper, J.J. Litauer oraz Z. Fenichel³⁴. Obecnie do jej zwolenników należą m.in. J. Ciszewski i T. Ereciński, R. Kulski, B. Pankowska-Lier i D. Pfaff, a także M. Tomaszewski i A. Świdarska³⁵.

Koncepcja prawnoprocesowa opiera się na twierdzeniu, że zapis jest czynnością procesową lub przedprocesową (*sensu stricte* lub *sensu largo*³⁶). Jego zawarcie powoduje bowiem przede wszystkim (lub niemal

³³ W. Lorenz, *Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch*, AcP 157, s. 280-286.

³⁴ S. Gołąb, Z. Wusatowski, *Kodeks postępowania cywilnego*, Kraków 1933, s. 529; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu...*, s. 963; J.J. Litauer, *Komentarz do procedury cywilnej*, Warszawa 1933, s. 290; Z. Fenichel, *glosa do orzeczenia SN, CI 1260/47* (PiP 1949, nr 6-7, s. 139).

³⁵ J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 367; R. Kulski, *Charakter prawny...*, s. 63, 65; podobnie R. Kulski, *Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2006, s. 173, 174, 176; B. Pankowska-Lier, D. Pfaff, *Arbitraż gospodarczy. Praktyka, uznanie i wykonanie wyroków, dokumenty*, Warszawa 2000, s. 69; M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż...*, s. 15-16; A. Świdarska, *Sądownictwo polubowne w perspektywie zmian (zagadnienia wybrane)*, Palestra 1992, nr 1-2, s. 43.

³⁶ Zdaniem M. Tomaszewskiego i R. Kulskiego umowa arbitrażowa nie może być uznana za czynność procesową w ścisłym tego słowa znaczeniu. – por. M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż...*, s. 15-16 oraz R. Kulski, *Charakter prawny...*, s. 65. Podobnie A. Świdarska stoi na stanowisku, że zapis na sąd polubowny ma charakter procesowy *sensu largo*. Jej zdaniem należy on bowiem do umów zawieranych przed wszczęciem procesu cywilnego. „Zapis ów dotyczy hipotetycznego działania sądu polubownego pomiędzy stronami w zakresie sporu dopuszczonego przez prawo, mechanizm którego to sądu uruchamia się dopiero z momentem powstania określonego sporu. Jednakże fakt, że umowa taka zostaje zawarta poza lub raczej przed procesem, przez osoby, które jeszcze podmiotami procesu nie są, nie pozbawia jej (...) charakteru procesowego. Skutki jakie bowiem zapis za sobą pociąga są procesowe (...)”, ponieważ ogranicza on kompetencje sądu państwowego. – tak A. Świdarska, *Sądownictwo polubowne w perspektywie...*, s. 43.

wyłącznie) skutki procesowe³⁷ w postaci wyłączenia sądownictwa powszechnego w zakresie objętym umową arbitrażową oraz stworzenia podstawy dla zarzutu procesowego istnienia zapisu na sąd polubowny (są to tzw. skutki negatywne), a także w postaci udzielenia kompetencji do rozstrzygnięcia sporu sądowi polubownemu (jest to tzw. skutek pozytywny)³⁸. Przedstawiciele doktryny popierający tę teorię podkreślają ponadto, że umowa o arbitraż zawierana jest głównie w celach procesowych³⁹, a jej przedmiotem jest ograniczenie jurysdykcji sądów powszechnych, które w żadnym wypadku nie mogłyby być przedmiotem umowy o charakterze materialnoprawnym⁴⁰ (a cecha ta, ich zdaniem, upodabnia zapis na sąd polubowny do umowy o jurysdykcję krajową i do umowy o właściwość sądu⁴¹). Podnoszą oni również, że umowa arbitrażowa nie jest nigdy źródłem nowego zobowiązania ani też nie zastępuje dotychczas istniejącego stosunku prawa materialnego⁴². Inaczej niż czynność prawna zapis na sąd polubowny (będący umową procesową) nie wywołuje przecież żadnych skutków prawnych w bezpośrednich stosunkach między stronami, ponieważ nie powoduje powstania, zmian lub ustania stosunków cywilnoprawnych (a jest jedynie sposobem wykonywania już istniejących praw procesowych)⁴³. Poza tym w literaturze dotyczącej teorii procesowej podkreśla się również, że za procesowym charakterem umów procesowych (a więc także zapisu na sąd

³⁷ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 131.

³⁸ B. Pankowska-Lier, D. Pfaff, *Arbitraż gospodarczy...*, s. 69.

³⁹ S. Gołąb, Z. Wusatowski, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 529; podobnie L. Peiper, *Komentarz do kodeksu...*, s. 963.

⁴⁰ J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 367.

⁴¹ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 131.

⁴² J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 367.

⁴³ R. Kułski, *Charakter prawny...*, s. 63, 65; podobnie R. Kułski, *Umowy procesowe...*, s. 173- 174 i 176. W tych samych publikacjach autor ten prezentuje stanowisko, że przyjęcie zobowiązaniowego charakteru umowy procesowej (w tym również umowy o arbitraż) jest niedopuszczalne w świetle ustawowej definicji zobowiązania. Podkreśla równocześnie, że przedmiotem umów procesowych jest wszczęcie sprawy przed właściwym sądem bądź skierowanie sprawy do rozpoznania przez sąd polubowny, a zatem dokonanie czynności procesowej, a przedmiotem zobowiązania jest tymczasem świadczenie, które może polegać na dokonaniu czynności faktycznych lub prawnych.

polubowny) przemawia fakt zamieszczenia przepisów ich dotyczących w kodeksu postępowania cywilnego⁴⁴.

Konkludując, należy jednak zauważyć, że pomimo iż przedstawiciele przedmiotowej koncepcji uznają zapis na sąd polubowny za czynność procesową (twierdzą więc, że należy stosować do tej umowy przepisy prawa procesowego), to dopuszczają zazwyczaj równocześnie odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu cywilnego dotyczących ważności czynności prawnych „w celu wypełnienia luk w uregulowaniach k.p.c.”⁴⁵

2) Stanowisko doktryny niemieckiej

Panującą teraz w Niemczech teorię procesową popierali wcześniej Gaupp i Stein oraz H.J. Hellwig⁴⁶. Obecnie do przedstawicieli omawianej koncepcji należą P. Schlosser, I. Saenger oraz R. Geimer i L. Rosenberg⁴⁷. Stanowisko takie poparł również BGH w wyroku z dnia 3 grudnia 1986 r.⁴⁸ Ponadto procesowy charakter umów procesowych (w tym również zapisu na sąd polubowny) uznają m.in. G. Henn, K.H. Schwab i G. Walter oraz J. Münch⁴⁹.

Przedstawiciele tej koncepcji zwracają uwagę, że przy ocenie charakteru umowy nie można sugerować się faktem, że w BGB znalazły się regulacje dotyczące umów. Istnieją przecież inne umowy – np. o charakterze publicznoprawnym lub międzynarodowe. Charakter każdej z nich należy oceniać indywidualnie, w zależności od treści, celów i skutków prawnych⁵⁰. Przedmiotem zapisu nie jest stosunek prywatnoprawny, lecz

⁴⁴ R. Kuls ki, *Charakter prawny...*, s. 63, 65; podobnie R. Kuls ki, *Umowy procesowe...*, s. 173, 174, 176.

⁴⁵ M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż...*, s. 16.

⁴⁶ Cyt. za R. Kuratowski, *Sądownictwo polubowne...*, s. 31-32 i za R. Kulskim, *Umowy procesowe...*, s. 155.

⁴⁷ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO. Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 9 (§ 916-1068, EGZPO), Tübingen 2002, s. 386; I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung. Handkommentar*, Baden-Baden 2006, s. 1742; R. Geimer [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung. Kommentar*, Köln 2002, s. 2341; L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2004, s. 1255.

⁴⁸ BGHZ 99, 143, 147 = NJW 1987, 651/652.

⁴⁹ G. Henn, *Schiedsverfahrensrecht. Handbuch für die Praxis*, Heidelberg 2000, s. 6 cyt. za R. Kulskim, *Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym*, s. 155; K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, München 2000, s. 76; J. Münch, [w:] G. Lüke, P. Wax, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, München 2001, s. 1016.

⁵⁰ K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, s. 76.

spór prawny, a treścią tej umowy jest przekazanie sporu do rozstrzygnięcia sądowi polubownemu⁵¹. W odniesieniu do przedmiotowej koncepcji w literaturze podkreśla się, że umowa, która wywiera bezpośrednie skutki na obszarze prawa procesowego, jest umową procesową (*Prozeßvertrag*), a umowa regulująca kwestie materialnoprawne, ma charakter materialnoprawny (*bürgerlichrechtlicher Vertrag*). Zapis wywiera natomiast prawie wyłącznie skutki procesowe:⁵² w umowie o arbitraż strony poddają określony spór orzecznictwu sądu polubownego⁵³, w jej wyniku sądy powszechne tracą kompetencję do rozpatrywania danego sporu, która to kompetencja zostaje przeniesiona na sąd polubowny, równocześnie powstaje możliwość podniesienia przed sądem powszechnym zarzutu zapisu na sąd polubowny⁵⁴, a strony konfliktu, które zawarły umowę o arbitraż, zobowiązane są do współdziałania w toku postępowania przed sądem polubownym⁵⁵. Fakt, że równocześnie powstaną (lub mogą powstać) dla stron jakiegokolwiek skutki w postaci praw lub obowiązków o charakterze prywatnoprawnym, nie ma żadnego znaczenia dla określenia natury prawnej tej umowy. Zapis wywiera bowiem głównie skutki procesowe i dlatego należy zakwalifikować go do umów procesowych⁵⁶.

Ponadto część autorów popierających koncepcję procesową zwraca uwagę na fakt, że również samo orzeczenie sądu arbitrażowego ma skutki wyłącznie procesowe. Stwierdza ono bowiem istniejące prawa lub zaprzecza ich istnieniu (tak jak wyrok sądowy)⁵⁷ i nie jest w żadnym wypadku porozumieniem materialnoprawnym. Dlatego umowa arbitrażowa nie może mieć charakteru materialnoprawnego⁵⁸.

⁵¹ H.J. Hellwig, *Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages*, Bonn 1968, s. 52 cyt. za R. Kuls kim, *Umowy procesowe...*, s. 155.

⁵² H.J. Hellwig, *Zur Systematik...*, s. 52 cyt. za R. Kuls kim, *Umowy procesowe...*, s. 155; podobnie K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, s. 76.

⁵³ L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht...*, s. 1255.

⁵⁴ Tamże; podobnie I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1742; R. Geimer, [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2341.

⁵⁵ L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht...*, s. 1255.

⁵⁶ Tamże, s. 65.

⁵⁷ H.J. Hellwig, *Zur Systematik...*, s. 52 cyt. za R. Kuls kim, *Umowy procesowe...*, s. 155.

⁵⁸ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO...*, s. 386; podobnie I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1742; R. Geimer [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2341.

Podobnie jak w Polsce, w Niemczech liczni przedstawiciele procesowej teorii zapisu na sąd polubowny przyjmują, że wprowadzie dopuszczalność, zawarcie takiej umowy oraz jej skutki wynikają bezpośrednio z przepisów ZPO, jednak istnieje pomimo to możliwość sięgnięcia do norm BGB regulujących ważność czynności prawnych (§ 104 i nast., § 116 i nast., § 134, § 138, § 145 i nast.), jeżeli ZPO nie zawiera stosownych regulacji⁵⁹. Ich zdaniem przyjęcie procesowego charakteru zapisu na sąd polubowny nie stoi na przeszkodzie odpowiedniemu stosowaniu przepisów BGB w tym przedmiocie. Żaden dział prawa nie zawiera bowiem tak szczegółowych regulacji dotyczących umów, jak przepisy prawa cywilnego materialnego⁶⁰.

3. Inne poglądy

Poza teoriami prawnoprosesową i materialnoprawną, w doktrynie reprezentowane są dwie inne koncepcje: teoria materialnoprosesowa (mieszana) oraz teoria traktująca zapis na sąd polubowny jako czynność prawną o charakterze *sui generis*. W literaturze podkreśla się jednak, że tych dwóch ostatnich stanowisk nie dzieli żadna wyrazista linia demarkacyjna⁶¹.

1) Stanowisko doktryny polskiej

W Polsce za mieszanym charakterem umowy o arbitraż w okresie międzywojennym wypowiadał się M. Allerhand. Uważał on, że „obok natury procesowej zapisowi przyznać należy i pierwiastki materialnoprawne.”⁶²

Podobne stanowisko wyraził R. Kuratowski. Jego zdaniem „dla zrozumienia istoty i skutków umowy, poddającej spór sądowi polubownemu, należy zawsze pamiętać o dwóch pierwiastkach: procesowym i prywat-

⁵⁹ A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München 2007, s. 2594; podobnie J. Münch, [w:] G. Lücke, P. Wax, *Münchener...*, s. 1016-1017; P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO...*, s. 386-387; R. Geimer, [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2342.

⁶⁰ K. H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, s. 76.

⁶¹ J. Pazdan, *Umocowanie do zawarcia umowy o arbitraż*, ZP UKSW 2003, nr 3.2., s. 302.

⁶² M. Allerhand, *Kodeks postępowania cywilnego*, Lwów 1932, s. 495-496.

noprawnym; obydwa te pierwiastki istnieją obok siebie, wzajemnie się zązębiają i rzeczą prawnika jest w każdym wypadku ocenić, który z tych pierwiastków winien być wzięty pod uwagę.”⁶³

Konsekwentnie za mieszanym charakterem umowy o arbitraż wyowiada się S. Dalka. Zdaniem tego autora zapis na sąd polubowny jest aktem prawnym o złożonym charakterze. „(...) zarówno przesłanki jego zawarcia, składające się głównie z materialnoprawnych elementów, lecz przecież w swej istocie dotyczące w zakresie kompetencji sądu polubownego problematyki jurysdykcyjnej, jeśli dają możliwość wyłączenia właściwości sądów państwowych, jak i warunki określone przez prawo procesowe m.in. co do formy i ograniczeń przedmiotowych oraz niewątpliwe skutki procesowe – przemawiają za mieszanym charakterem tej umowy i koniecznością stosowania względem niej dwóch reżimów prawnych.” S. Dalka zdaje sobie sprawę, że istnieje tutaj przewaga pierwiastków procesowych. Pomimo to, jego zdaniem, „rozbijanie” zapisu na sąd polubowny na dwie różne czynności, jak proponują to przedstawiciele koncepcji materialnoprawnej, „nie jest ani wskazane, ani celowe”. Jego zdaniem konstrukcja mieszana odpowiada zarówno potrzebom obrotu wewnętrznego, jak i międzynarodowej współpracy gospodarczej, a prowadzenie sporu teoretycznego o to, który z reżimów prawnych jest ważniejszy dla zapisu na sąd polubowny (materialny czy procesowy) „nie daje odpowiednich korzyści praktycznych”.⁶⁴

Pogląd, że zapis na sąd polubowny jest aktem o złożonym charakterze, wyraża również B. Dobrzański. Podnosi on, iż swoistość zapisu na sąd polubowny jako umowy materialnoprawnej polega na tym, że wywołuje on głównie skutki procesowe, a sam fakt powołania się na tę umowę w procesie jest czynnością procesową⁶⁵.

Teorię materialnoprocesową popierają również H. Mądrzak i E. Marszałkowska-Krzesz, którzy twierdzą, że „zapis jest czynnością dwustronną

⁶³ R. Kuratowski, *Sądownictwo polubowne...*, s. 23 i nast.

⁶⁴ S. Dalka, *Sądownictwo polubowne...*, s. 57; podobnie S. Dalka, [w:] K. Piasiecki, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 800.

⁶⁵ B. Dobrzański, [w:] Z. Resich, W. Siedlecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1975, s. 1006 i nast. cyt. za R. Kułskim, *Charakter prawny...*, s. 58.

zawierającą zarówno elementy umowy materialnoprawnej, jak i czynności procesowej *sensu largo*. Z punktu widzenia prawa procesowego należy stwierdzić, że zapis czyni zadość warunkom określonym w kodeksie postępowania cywilnego. Poza tym dla oceny ważności tej umowy należy stosować przepisy prawa materialnego (...).⁶⁶

W świetle przedstawionych stanowisk odosobniona wydaje się być natomiast opinia J. Jodłowskiego, który mówiąc o poglądzie pośrednim co do zapisu na sąd polubowny, podaje, że chodzi tutaj o kategorię *sui generis*, o typ umowy, która nie jest wprawdzie czynnością procesową, ale ponieważ jest wycelowana wyłącznie na proces i wywołuje skutki tylko w procesie, nie może być traktowana jako umowa materialnoprawna.⁶⁷

2) Stanowisko doktryny niemieckiej

W Niemczech prekursorem teorii mieszanej zapisu na sąd polubowny był A. Nussbaum, do którego poglądów odwoływał się cytowany wyżej R. Kuratowski. Zdaniem A. Nussbauma kwestię formy zapisu na sąd polubowny, zdolności stron do jego zawarcia, niektóre zasady jego unieważnienia i nieważności ocenia się według prawa prywatnego. „Gdybyśmy nawet przepisy, dotyczące formy układu, zdefiniowali, jako przepisy proceduralne, to pozostanie długi szereg norm prawa materialnego, dotyczących w równej mierze układu o sąd polubowny, jak i wszelkich innych umów, których prywatnoprawny charakter nie budzi wątpliwości.”⁶⁸

Obecnie za mieszanym charakterem zapisu na sąd polubowny opowiada się R.A. Schütze. Przychyla się on do stanowiska BGH, że chodzi tutaj o „umowę materialnoprawną, której przedmiot ma charakter prawnoprocesowy” (*materiellrechtlicher Vertrag über einen prozeßrechtlichen Gegenstand*)⁶⁹. Zdaniem tego autora przypisanie zapisowi na sąd polubowny

⁶⁶ H. Ma dr z a k, E. Ma r s z a ł k o w s k a - K r z e ś, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2001, s. 382.

⁶⁷ J. J o d ł o w s k i, *Materiały I Ogólnopolskiego Integracyjnym Zjazdu Cywilistów 28-30 września 1972r.*, Rzeszów 1974, s. 179 cyt. za S. D a ł k a, *Sądownictwo polubowne...*, s. 57 i za R. K u l s k i m, *Charakter prawny...*, s. 58.

⁶⁸ A. N u s s b a u m, *Probleme des internationalen Gerichtswesens*, Jahrbuch I, s. 16 cyt. za R. K u r a t o w s k i m, *Sądownictwo polubowne...*, s. 24.

⁶⁹ BGHZ 23, 198, 200; 40, 320, 322.

zarówno charakteru materialnoprawnego, jak i procesowego, najlepiej oddaje jego istotę. Nie może w tym przypadku chodzić jedynie o „zwykłą” umowę procesową, ponieważ oświadczenia woli składane przy jego zawarciu wypowiedzane są wobec drugiej strony, a nie wobec sądu (tzn. sądu polubownego, który zostanie dopiero powołany w wyniku zapisu). Zapis nie jest także umową materialnoprawną, bo wywołuje skutki procesowe w postaci zmiany właściwości sądu do rozstrzygania objętego nim sporu⁷⁰. Z rozumianej w ten sposób natury prawnej umowy arbitrażowej wynika, że jej istnienie i dojście do skutku oceniać należy na podstawie przepisów prawa cywilnego, zgodnie z regułami dotyczącymi składania oświadczeń woli zawartymi w § 116 i nast. BGB⁷¹.

Do przedstawionego wyżej stanowiska BGH przychylają się również J. Albers⁷² i J.P. Lachmann. Zdaniem drugiego z tych autorów podwójny charakter umowy o arbitraż wynika, po pierwsze, z tego, że ustanawia ona właściwość sądu polubownego i umożliwia podniesienie przed sądem powszechnym zarzutu istnienia zapisu na sąd polubowny (§ 1032 ust. 1 ZPO). Po drugie, nakłada ona na strony sporu obowiązek współdziałania. Muszą one bowiem brać nie tylko udział przy tworzeniu sądu polubownego, ale mają również podejmować działania w postępowaniu przed tym sądem i zostaje nałożony na nie ponadto obowiązek zaniechania wszelkich czynności, które mogłyby zagrażać celowi określonemu w zapisie na sąd polubowny⁷³. Podobne argumenty w tym przedmiocie przedstawia również W. Voit⁷⁴.

W niemieckiej literaturze spotyka się także odosobnione i nietypowe stanowiska dotyczące charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny, uznające go za umowę *sui generis*. W. Kisch wyraził pogląd, że umowa arbitrażowa stanowi rozporządzenie przedmiotem sporu pod warunkiem zawieszającym wydania przez sąd polubowny wyroku o określonej tre-

⁷⁰ R.A. Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, München 1998, s. 48-49.

⁷¹ R.A. Schütze, *Schiedsgericht...*, s. 49.

⁷² A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *Zivilprozessordnung...*, s. 2594.

⁷³ J.P. Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, Köln 2002, s. 71-72.

⁷⁴ W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München 2007, s. 2414-2415.

ści⁷⁵. Zdaniem W.J. Habscheida zawarcie umowy o arbitraż stwarza między stronami stosunek tzw. „spółki procesowej”, do której należy stosować odpowiednio przepisy BGB o spółce cywilnej⁷⁶.

4. Zajęcie stanowiska co do charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny

Przedstawione powyżej poglądy na temat charakteru prawnego umowy arbitrażowej prezentowane przez doktrynę oraz judykaturę polską i niemiecką są bardzo różnorodne. W związku z tym zajęcie jednoznacznego stanowiska w tym przedmiocie nie jest możliwe.

Zauważyć należy jednak, że zarówno teoria materialnoprawna, jak i procesowa zawierają swoiste nieścisłości. Przychylenie się bowiem do pierwszej z nich umożliwiłoby wprowadzenie wprost przepisów prawa cywilnego materialnego dotyczących czynności prawnych. Zastanawiające jest jednak, że uznając zapis na sąd polubowny za umowę materialnoprawną, zwolennicy tej koncepcji stwierdzają, że jako umowa procesowa musi on spełniać również niezbędne warunki określone w przepisach prawa procesowego. Natomiast przedstawiciele teorii prawnoprosesowej uważają umowę arbitrażową za czynność procesową. Zadziwiający i niezrozumiały wydaje się być jednakże fakt, iż zazwyczaj dopuszczają oni równocześnie odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu cywilnego dotyczących ważności czynności prawnych, tym bardziej że nie przedstawiają żadnych argumentów na poparcie swojego stanowiska⁷⁷.

⁷⁵ W. Kisch, *Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages*, KTS 1955, s. 33 i nast.

⁷⁶ W.J. Habscheid, *Die Rechtsnatur...*, s. 36-37.

⁷⁷ Por. m.in.: (w Polsce) J.J. Litauer, *Komentarz...*, s. 290; J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 367; B. Pankowska-Lier, D. Pfaff, *Arbitraż gospodarczy...*, s. 69; A. Świdorska, *Sądownictwo polubowne w perspektywie...*, s. 43; M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż...*, s. 16; (w Niemczech) A. Baumach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *Zivilprozessordnung...*, s. 2594; podobnie J. Münch, [w:] G. Lücke, P. Wax, *Münchener...*, s. 1016-1017; P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO...*, s. 386-387; R. Geimer, [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2342.

Dlatego też ze względu na niekonsekwencje wynikające z zastosowania zarówno teorii materialnoprawnej, jak i procesowej wydaje się, że najlepszym rozwiązaniem byłoby przyjęcie koncepcji mieszanej⁷⁸. Oddaje ona bowiem w najbardziej adekwatny sposób naturę umowy arbitrażowej oraz uwzględnia charakterystyczne jej cechy, nie zawierając równocześnie logicznych sprzeczności.

Istotne znaczenie dla omawianej kwestii ma również uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2002 r.⁷⁹ Zdaniem Sądu „przy przyjęciu materialnoprawnego charakteru zapisu niewątpliwie jest zastosowanie do niego wprost przepisów kodeksu cywilnego. Jednak nawet wówczas, gdy zapisowi na sąd polubowny przypisuje się charakter umowy procesowej, dopuszcza się odpowiednie stosowanie do niej ogólnych przepisów prawa materialnego o czynnościach prawnych (...); konieczność sięgania do przepisów kodeksu cywilnego, przyznawana także przez zwolenników tzw. teorii procesowej zapisu, wynika z tego, że kodeks postępowania cywilnego nie zawiera przepisów ogólnych o umowach procesowych, a co do samego zapisu – nie zawiera regulacji wyczerpującej.” Identyczny pogląd na gruncie prawa niemieckiego wyraził J. Münch. Jego zdaniem w każdym przypadku należy dopuścić możliwość stosowania do zapisu na sąd polubowny przepisów prawa cywilnego dotyczących ważności czynności prawnych, niezależnie od tego, jaką koncepcję charakteru prawnego tej umowy uzna się za obowiązującą. Wniosek taki wynika bezpośrednio z natury umowy arbitrażowej⁸⁰.

Konkludując, należy więc zauważyć, że na gruncie przedstawionych wyżej poglądów spór o charakter prawny zapisu na sąd polubowny zaczyna tracić na znaczeniu praktycznym. Niezależnie bowiem od przyjętej koncepcji należy zarówno w Polsce, jak i w Niemczech dopuścić możliwość stosowania do umowy o arbitraż ogólnych przepisów prawa cywilnego materialnego dotyczących ważności czynności prawnych.

⁷⁸ Podobnie M. J a n o w s k i, *Zapis na krajowy sąd polubowny de lege lata i w świetle projektowanych zmian*, [w] *Prace laureatów konkursu im. Prof. Jerzego Jakubowskiego. Edycja Druga*, Warszawa 2005, s. 56-61.

⁷⁹ Uchwała SN z 8 marca 2002 r., III CZP 8/02 (OSNC 2002, nr 11, poz. 133).

⁸⁰ J. M ü n c h, [w:] G. L ü k e, P. W a x, *Münchener...*, s. 1016-1017.

III. Zdolność arbitrażowa

Przez zdolność arbitrażową należy rozumieć **dopuszczalność dokonania zapisu na sąd polubowny w ujęciu podmiotowym**⁸¹. Jest to **subiektywna zdolność konkretnego podmiotu do zawarcia umowy arbitrażowej**. Właśnie ze względu na tę ostatnią definicję nazywa się ją w literaturze niemieckiej **subiektywną zdolnością arbitrażową** (*subjektive Schiedsfähigkeit*)⁸².

1. Podmioty posiadające zdolność arbitrażową

1) Stanowisko doktryny polskiej

Obowiązujący dotychczas art. 697 k.p.c. przewidywał, że strony mogą poddać spór pod rozstrzygnięcie sądu polubownego „w granicach zdolności do samodzielnego zobowiązania się.” Warunek ten uznawany był za jednoznaczny z wymogiem posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych⁸³.

Obecnie kodeks postępowania cywilnego nie zawiera szczególnych przepisów regulujących kwestię zdolności arbitrażowej. W związku z tym, zdaniem J. Ciszewskiego i T. Erecińskiego, w zależności od koncepcji co do charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny, można twierdzić, że wymagana jest pełna zdolność do czynności prawnych (dla teorii materialnoprawnej) bądź też zdolność procesowa (przy przyjęciu teorii prawnoprosesowej)⁸⁴. Pogląd ten zdaje się potwierdzać również R. Kulski. Jako przedstawiciel koncepcji procesowej uważa on, że zdolność do zawierania umów procesowych (a więc również zapisu na sąd polubowny) posiadają podmioty, którym można przypisać zdolność procesową⁸⁵. Natomiast przyjęcie teorii mieszanej prowadzi do wniosku, że dla uzyskania zdolności arbitrażowej niezbędne jest uzyskanie (kumulatywnie) zarówno zdolności do czynności prawnych, jak i zdolności procesowej.

⁸¹ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 129.

⁸² L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht...*, s. 1257.

⁸³ S. Dalka, [w:] K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 795-796.

⁸⁴ J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 370-371.

⁸⁵ R. Kulski, *Umowy procesowe...*, s. 192-193.

Wybór pomiędzy zdolnością do czynności prawnych a zdolnością procesową wydaje się mieć jednak charakter marginalny, ponieważ różnice w tym przedmiocie nie będą miały w zasadzie zbyt dużego znaczenia praktycznego.

Jeśli chodzi o osoby fizyczne, to, jak twierdzi W. Broniewicz, pojęcie zdolności procesowej wynika dla nich z materialnoprawnego pojęcia zdolności do czynności prawnych. „Oznacza to, że osoba fizyczna posiada zdolność procesową w takim zakresie, w jakim wyposażona jest w zdolność do czynności prawnych. Osoba posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych posiada zdolność procesową (art. 65 § 1 k.p.c.). Osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych posiada ograniczoną zdolność procesową. Osoba pozbawiona zdolności do czynności prawnych nie posiada zdolności procesowej.”⁸⁶ W związku z powyższym pełną zdolność do czynności prawnych, a tym samym zdolność procesową, posiadają osoby fizyczne, które ukończyły 18 rok życia i nie zostały ubezwłasnowolnione (art. 11, 10 i 13 k.c., art. 65 § 1 k.p.c.). Natomiast osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych będą mogły uczestniczyć we wszystkich czynnościach procesowych, ale również jedynie w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa materialnego, a więc tylko w procesach wynikających z czynności prawnych, których mogą dokonywać samodzielnie (art. 65 § 2 k.p.c., art. 20-22 k.c., art. 22 § 2 k.p.c.). W innych procesach osoby te nie mogą uczestniczyć w żadnych czynnościach. „Jeżeli strona nie ma zdolności procesowej, to za nią, czyli w jej imieniu i na jej rzecz, musi działać przedstawiciel ustawowy”⁸⁷ (art. 66 k.p.c.). Podobnie jest, jeśli podmiot nie posiada zdolności do czynności prawnych (art. 17-19 k.c.).

Przesłanką zdolności procesowej podmiotów niebędących osobami fizycznymi jest zdolność sądowa⁸⁸. „Osoby prawne, w przeciwieństwie do osób fizycznych, posiadają zdolność sądową i zarazem procesową, ponieważ jeżeli osoba prawna istnieje zgodnie z obowiązującymi przepisami, to jednocześnie ma zdolność sądową i procesową.”⁸⁹ Podobnie jest

⁸⁶ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2006, s. 138.

⁸⁷ Tamże.

⁸⁸ Tamże.

⁸⁹ H. Dolecki, *Postępowanie cywilne...*, s. 93.

w przypadku zdolności do czynności prawych. Osoby prawne uzyskują zdolność prawną wraz ze swoim powstaniem i mają zawsze pełną zdolność do czynności prawnych⁹⁰. Istotna jest kwestia dotycząca podmiotów nieposiadających osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną (tzw. ułomne osoby prawne). Należą do nich m.in. handlowe spółki osobowe (jawna, komandytowa, komandytowo-akcyjna i partnerska) i wspólnoty mieszkaniowe. Zgodnie z treścią art. 33¹ k.c. do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych. Natomiast przepisy szczególne dotyczące tych jednostek stanowią, że mimo braku osobowości prawnej, mogą one we własnym imieniu nabywać prawa, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywanym⁹¹ (art. 8 § 1 k.s.h. – jeśli chodzi o spółki osobowe, art. 6 ustawy z 26 czerwca 1994 r. o własności lokali – odnośnie do wspólnot mieszkaniowych)⁹². Mają więc one prawo do podejmowania wszelkich działań zakreślonych granicami zdolności do czynności prawnych i zdolności procesowej. W związku z powyższym można stwierdzić, że brak jest w zasadzie istotnych różnic praktycznych, jeśli chodzi o osoby prawne i tzw. ułomne osoby prawne w zakresie zdolności do czynności prawnych i zdolności procesowej.

Na zakończenie podkreślić należy jednak, że prawo procesowe, inaczej niż materialne, przyznaje zdolność sądową i procesową pewnym szczególnym jednostkom (np. prokuratorowi i innym organom działającym na takich samych zasadach – art. 7 k.p.c., dyrektorowi oraz radzie pracowniczej – w sprawach z zakresu przepisów o przedsiębiorstwach państwowych – art. 691³ k.p.c., pracodawcy – chociażby nie posiadał osobowości prawnej – w sprawach z zakresu prawa pracy – art. 460 § 1 k.p.c.)⁹³. Jedyne ta kwestia wydaje się być istotną różnicą dla oceny zdolności arbitrażowej.

⁹⁰ W.J. Katner, *Prawo cywilne i handlowe w zarysie*, Kraków 2004, s. 40.

⁹¹ Tamże. s. 47-48. Zdaniem tego autora charakteru ułomnej osoby prawnej nie miała i nie ma spółka cywilna, będąca umową według art. 860 k.c. Potwierdza to art. 2 u.s.d.g., uznający za podmiot prawa (przedsiębiorcę) nie spółkę, a jej współników.

⁹² Ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, tekst jedn.: Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 903 z późn. zm.; W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne...*, s. 135.

⁹³ Tamże, s. 135 i 138.

2) Stanowisko doktryny niemieckiej

a) spór co do określenia zdolności arbitrażowej

W Niemczech zdania na temat zastosowania w kwestii zdolności arbitrażowej przepisów prawa cywilnego materialnego i norm prawa procesowego są podzielone. Inaczej niż w Polsce, nie można tutaj przyjąć, że podjęcie decyzji w tym przedmiocie będzie zależało od przyjętej teorii odnośnie do charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny. Przedstawiciele doktryny niemieckiej nie są bowiem zawsze konsekwentni w swoich poglądach.

Popierający procesową teorię charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny I. Saenger uważa, że ze względu na brak szczegółowych regulacji w ZPO, do oceny zdolności arbitrażowej należy zastosować przepisy regulujące zdolność procesową (*Prozessfähigkeit*). Prowadzi to, jego zdaniem, w konsekwencji do wniosku, iż zarówno podmiotowi nieposiadającemu zdolności prawnej (*Rechtsfähigkeit*), jak i nieposiadającemu zdolności do czynności prawnych (*Geschäftsfähigkeit*) lub zdolności do zawierania umów (*Abschlussfähigkeit*) nie będzie można przypisać takiego przymiotu⁹⁴. Podobne stanowisko prezentuje również R. Geimer⁹⁵.

Zdaniem P. Schlossera zdolność do zawierania umów o arbitraż jest tzw. „subiektywną zdolnością do czynności prawnych” (*subjektive Geschäftsfähigkeit*). Uważa on, że przyjęcie procesowej teorii zapisu na sąd polubowny prowadzi do wniosku, iż zdolność arbitrażową posiadają wszystkie podmioty, którym można przypisać równocześnie zdolność sądową i zdolność procesową⁹⁶.

Z kolei zdaniem innego przedstawiciela teorii procesowej, J. Müncha, decydujące znaczenie ma zdolność do czynności prawnych oceniana zgodnie z treścią przepisów § 104 i nast. BGB⁹⁷. Podobnie uważa P. Lachmann, popierający mieszaną koncepcję charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny⁹⁸.

⁹⁴ I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1743.

⁹⁵ R. Geimer, [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2342.

⁹⁶ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO...*, s. 417.

⁹⁷ J. Münch, [w:] G. Lücke, P. Wax, *Münchener...*, s. 1017.

⁹⁸ J.P. Lachmann, *Handbuch...*, s. 77.

Najbardziej konsekwentny w swoich poglądach wydaje się być przedstawiciel teorii mieszanej, W. Voit. Jego zdaniem do zawarcia umowy o arbitraż niezbędna jest kumulatywnie:

- zdolność prawna – dla osób fizycznych lub prawnych – lub zdolność do nabywania praw i zaciągania zobowiązań we własnym imieniu (*Verfügung über die Fähigkeit im eigenen Namen Rechte und Pflichten zu begründen*, § 124 ust. 1 HGB) – dla spółek handlowych oraz

- zdolność do czynności prawnych i
- zdolność procesowa⁹⁹.

b) znaczenie sporu

Powyższy spór, podobnie jak w Polsce, wydaje się mieć znaczenie bardziej teoretyczne niż praktyczne. Zastosowanie do zdolności arbitrażowej przepisów regulujących zdolność do czynności prawnych lub zdolność procesową prowadzi do podobnych wniosków.

Obydwa te przymioty można bowiem przypisać osobom fizycznym, które ukończyły 18 lat, jeżeli nie są chore umysłowo (§ 104 i § 105 BGB)¹⁰⁰. Natomiast osoby fizyczne powyżej 7 roku życia posiadają ograniczoną zdolność do czynności prawnych (§ 106 BGB) i podobnie jak w Polsce, będą mogły podejmować działania w procesie w takim zakresie, w jakim posiadają zdolność do czynności prawnych (§ 107-108 BGB oraz § 110-113 BGB)¹⁰¹.

Normy prawne przyznają osobom prawnym zdolność prawną. Posiadają więc one w związku z tym również zdolność sądową. Jednakże podmioty te działają w zasadzie przez swoich przedstawicieli ustawowych. Sporne jest w związku z tym, czy czynności podjęte przez przedstawiciela można przypisać bezpośrednio osobie prawnej (i przyznać jej w związku z tym zdolność do czynności prawnych oraz zdolność procesową) – tzw. teoria organu (*Organtheorie*)¹⁰², czy też należy uznać, że podmiot ten działa jako przedstawiciel ustawowy osoby prawnej (można

⁹⁹ W. Voit [w:] H.-J. Musielak, *Kommentar...*, s. 2415; podobnie I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1743.

¹⁰⁰ H.-J. Musielak, *Grundkurs BGB*, München 2002, s. 128.

¹⁰¹ O. Jauerling, *Zivilprozessrecht*, München 2003, s. 66; podobnie G. Kayser, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 113.

¹⁰² O. Jauerling, *Zivilprozessrecht...*, s. 65-66; BGH NJW 1965, 1667.

jej więc przypisać jedynie zdolność prawną i zdolność sądową) – tzw. teoria fikcyjna (*Fiktionstheorie*)¹⁰³. Dotąd doktryna i judykatura przychyliły się do drugiej koncepcji, obecnie dominuje pierwsza z przedstawionych wyżej teorii¹⁰⁴. Obie prowadzą jednak do tożsamego wniosku, że działania za osobę prawną podejmują jej organy.

Zgodnie z treścią § 14 ust. 2 BGB określonym jednostkom nieposiadającym osobowości prawnej przyznana została zdolność do nabywania praw i zaciągania obowiązków we własnym imieniu (jawna spółka handlowa – *Offene Handelsgesellschaft* – OHG i spółka komandytowa *Kommanditgesellschaft* – KG: § 124 ust. 1 HGB, § 161 ust. 2 HGB, spółka partnerska – *Partnerschaftsgesellschaft* – PartG – § 7 ust. 2 PartGG)¹⁰⁵. Posiadają one w związku z tym również zdolność sądową¹⁰⁶. Podobnie jak osoby prawne mogą jednak działać jedynie przez swoich przedstawicieli¹⁰⁷.

Jedyna różnica istotna dla oceny zdadności arbitrażowej pojawia się w przypadku określonym w § 50 ust. 2 ZPO. Przepis ten przyznaje zdolność sądową związkowi nieposiadającemu osobowości prawnej (*nicht rechtsfähige Verein*), jeżeli występuje on w procesie jako strona pozwana¹⁰⁸.

3) Wnioski

Decyzja w zakresie przyjęcia któregośkolwiek z przedstawionych stanowisk wydaje się mieć charakter marginalny, ponieważ zarówno zgodnie z normami prawa polskiego, jak i niemieckiego zakres podmiotów posiadających zdolność do czynności prawnych i zdolność procesową w zasadzie się pokrywa. Jednak, jak już wcześniej wskazano, w Polsce prawo procesowe, inaczej niż materialne, przyznaje zdolność sądową

¹⁰³ G. Kayser, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 113.

¹⁰⁴ H. Dörner, [w:] R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden 2007, s. 38.

¹⁰⁵ Tamże, s. 34-35 i 38.

¹⁰⁶ O. Jauerling, *Zivilprozessrecht...*, s. 63.

¹⁰⁷ G. Kayser, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 113.

¹⁰⁸ J. Münch, [w:] G. Lücke, P. Wax, *Münchener...*, s. 1017. W związku z uznaniem przez BGH (BGH NJW 2001, 1056) zdolności sądowej spółki prawa cywilnego (zarówno, gdy występuje ona jako powód, jak i pozwany), część przedstawicieli doktryny uważa, że należałoby również związkowi nieposiadającemu osobowości prawnej przyznać w pełnym zakresie zdolność sądową. – por. W. Voit, [w:] H.-J. Musielak, *Kommentar...*, s. 2415; inaczej I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1744, 108 oraz P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO...*, s. 417.

i procesową pewnym szczególnym jednostkom, a w Niemczech, zgodnie z treścią przepisu § 50 ust. 2 ZPO, zdolność sądową należy również przypisać związkowi nieposiadającemu osobowości prawnej, jeżeli występuje on w procesie jako strona pozwana. Podkreślić należy, że odnosząc się do niejednorodnych stanowisk prezentowanych przez przedstawicieli polskiej doktryny, umowę arbitrażową zawartą przez tego typu podmioty będzie można bardzo łatwo obalić – w zależności od preferowanej teorii dotyczącej charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny (w przypadku wyboru koncepcji materialnoprawnej lub mieszanej). Natomiast ze względu na niekonsekwencję poglądów prezentowanych w literaturze niemieckiej, na gruncie prawa niemieckiego określenie konkretnych ram zdolności arbitrażowej jest właściwie niemożliwe. W związku z tym, z uwagi na względy praktyczne, najbezpieczniejsze byłoby zastosowanie w tym zakresie każdorazowo (zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i niemieckiego) teorii kumulatywnej, która gwarantuje zachowanie zarówno przepisów prawa materialnego, jak i procesowego, co umożliwi uniknięcie dyskusji na temat podważalności zapisu na sąd polubowny ze względu na ten właśnie aspekt.

2. Zawarcie zapisu na sąd polubowny przez przedstawiciela

Zarówno w Polsce, jak i w Niemczech umowa o arbitraż może zostać zawarta przez przedstawiciela. Należy przy tym rozróżnić dwie sytuacje:

- dokonanie zapisu na sąd polubowny przez przedstawiciela ustawowego,
- zawarcie umowy arbitrażowej przez pełnomocnika.

1) Dokonanie zapisu na sąd polubowny przez przedstawiciela ustawowego

W związku z poczynionymi wyżej uwagami, niezależnie od przyjętej koncepcji charakteru prawnego zapisu na sąd polubowny wciąż aktualny wydaje się być w Polsce pogląd doktryny wyrażony pod rządami dawnego kodeksu postępowania cywilnego, że umowa o arbitraż sporządzona w imieniu osoby nieposiadającej pełnej zdolności do czynności prawnych może być zawarta przez przedstawiciela ustawowego¹⁰⁹. Na tle obowią-

¹⁰⁹ B. Pankowska-Lier, D. Pfaff, *Arbitraż gospodarczy...*, s. 63; podobnie K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne...*, s. 17.

zującego stanu prawnego stanowisko takie potwierdzają J. Ciszewski i T. Ereciński. Treść przepisów, zarówno prawa materialnego, jak i procesowego, zezwała, ich zdaniem, na podejmowanie przez przedstawiciela ustawowego czynności odpowiednio w imieniu osoby nieposiadającej pełnej zdolności do czynności prawnych lub podmiotu nieposiadającego zdolności procesowej (art. 17-19 k.c., art. 66 k.p.c.)¹¹⁰. W związku z tym należałoby prawdopodobnie przychylić się również do stanowiska popieranego przez przedstawicieli literatury w odniesieniu do d. art. 697 k.p.c., że do zawarcia zapisu na sąd polubowny w imieniu małoletniego niezbędna będzie zgoda sądu opiekuńczego, wyrażona na podstawie art. 156 k.r.o.¹¹¹

Również w Niemczech umowa o arbitraż może zostać zawarta przez przedstawiciela ustawowego (rodzica lub opiekuna), który posiada umocowanie na podstawie § 1626 ust. 1 BGB, § 1629 ust. 1 BGB lub § 1898 ust. 2 BGB¹¹². W przypadkach określonych w ustawie niezbędna jest jednak, podobnie jak w Polsce, zgoda sądu opiekuńczego. Chodzi tutaj o sytuację, gdy wartość sporu wynosi ponad 3000 euro lub gdy konflikt ma charakter niemajątkowy (§ 1822 pkt 12 BGB). Wówczas mówi się o zawieszony bezskuteczności (*schwebende Unwirksamkeit*) czynności prawnej – zapisu na sąd polubowny dokonanego przez przedstawiciela – do czasu udzielenia zgody przez sąd (§ 1829 BGB)¹¹³.

2) Zawarcie umowy arbitrażowej przez pełnomocnika

a) regulacja polska

Możliwość zawarcia zapisu na sąd polubowny przez pełnomocnika została uregulowana w kodeksie postępowania cywilnego dopiero nowelą z 2005 r. przez wprowadzenie art. 1167. Jednakże w literaturze dopusz-

¹¹⁰ J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 371.

¹¹¹ S. Dałka, *Sądownictwo polubowne...*, s. 59; podobnie E. Samseł, *Forma umowy arbitrażowej*, R.Pr. 2005, nr 1, s. 85; podobnie K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne...*, s. 17.

¹¹² A. Blomeyer, *Zivilprozess. Erkenntnisverfahren*, Berlin 1985, s. 737; podobnie I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1744; K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, s. 35.

¹¹³ J. Münch, [w:] G. Lücke, P. Wax, *Münchener...*, s. 1018; podobnie I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1744; K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, s. 36; P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO...*, s. 417; R. Geimer, [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2342.

czano przyjęcie takiego rozwiązania także w dotychczasowym stanie prawnym¹¹⁴. Ze względu na fakt, że przepis art. 1167 k.p.c. odnosi się jedynie do podmiotów profesjonalnych, większość kontrowersji podnoszonych dotąd w literaturze i judykaturze wydaje się być wciąż aktualna¹¹⁵.

Przedstawiciele doktryny uznają, że możliwość zawarcia umowy o arbitraż przez przedstawiciela wynika z zasad ogólnych (art. 95 i nast. k.c.)¹¹⁶. Art. 98 k.c. definiuje trzy rodzaje pełnomocnictwa: ogólne (obejmujące umocowanie do czynności zwykłego zarządu), rodzajowe (określające rodzaj czynności objętej umocowaniem) oraz szczególne (do poszczególnych czynności). Poza tym oprócz pełnomocnictwa do czynności prawnych istnieje również pełnomocnictwo procesowe (art. 91 k.p.c.). Powyższe zróżnicowanie prowadzi do licznych kontrowersji na tle rodzaju pełnomocnictwa niezbędnego do dokonania zapisu na sąd polubowny.

Bezspornym pozostaje fakt, że do zawarcia umowy o arbitraż wystarczające jest zawsze pełnomocnictwo szczególne w tym przedmiocie¹¹⁷. Problematyczna jest jednak kwestia dokonania zapisu na podstawie pełnomocnictwa ogólnego. Art. 98 k.c. stanowi, że pełnomocnictwo ogólne obejmuje umocowanie do czynności zwykłego zarządu. W związku z tym istotne jest rozstrzygnięcie, czy zawarcie umowy o arbitraż stanowi czynność zwykłego zarządu, czy też przekracza ten zakres. Decydujące znaczenie ma przy tym stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 8 marca 2002 r. Zdaniem Sądu pełnomocnictwo ogólne jest niewystarczające do sporządzenia zapisu na sąd polubowny¹¹⁸. Za-

¹¹⁴ S. Dałk a, *Sądownictwo polubowne...*, s. 59-60; podobnie J. Pa z d a n, *Umocowanie do zawarcia...*, s. 303; K. P o t r z o b o w s k i, W. Ż y w i c k i, *Sądownictwo polubowne...*, s. 18; M. T o m a s z e w s k i, *Umowa o arbitraż...*, s. 17.

¹¹⁵ R. M o r e k uważa, że ustawodawca niepotrzebnie wprowadził zróżnicowanie podmiotowe na pełnomocników przedsiębiorców i przedstawicieli innych podmiotów prawa cywilnego. Rozwiązanie to nie tylko nie rozstrzygnęło w zasadzie problemów podnoszonych wcześniej w doktrynie i orzecznictwie, ale spowodowało, iż omawiana kwestia stała się jeszcze bardziej skomplikowana niż wcześniej – por. R. M o r e k, *Mediacja i arbitraż...*, s. 160.

¹¹⁶ Tamże, s. 159.

¹¹⁷ R. K u l s k i, *Umowy procesowe...*, s. 196.

¹¹⁸ Uchwała SN z 8 marca 2002 r., III CZP 8/02 (OSNC 2002, nr 11, poz. 133); podobnie R. M o r e k, *Mediacja i arbitraż...*, s. 159.

warcie umowy arbitrażowej wymaga pełnomocnictwa rodzajowego, określającego rodzaj czynności objętej umocowaniem¹¹⁹. Pogląd ten zdaje się potwierdzać stanowisko przeważające od dawna w literaturze¹²⁰. Pomimo to R. Kulski, J. Pazdan oraz M. Tomaszewski odnoszą się do niego krytycznie¹²¹. Autorzy ci uważają, że wymaganie każdorazowo wyrażonego umocowania jest zbyt daleko idące. Ich zdaniem „właściwa odpowiedź na pytanie, kiedy czynność prawna przekracza zwykły zarząd, może być udzielona tylko w konkretnym przypadku i tylko na tle konkretnego stanu faktycznego.”¹²²

Na tle obowiązującego obecnie art. 1167 k.p.c. zauważyć należy, że powyższy spór nie odnosi się do sytuacji, gdy pełnomocnictwo do dokonania czynności prawnej zostało udzielone przez przedsiębiorcę. Zgodnie z treścią tego przepisu obejmuje ono również umocowanie do sporządzenia zapisu na sąd polubowny w zakresie sporów wynikających z tej czynności prawnej, jeżeli nic innego nie wynika z treści tego pełnomocnictwa. Zdaniem J. Ciszewskiego i T. Erecińskiego oraz R. Morka reguła interpretacyjna zawarta w treści omawianej normy odnosi się do każdego rodzaju peł-

¹¹⁹ Będzie to pełnomocnictwo rodzajowe, obejmujące jedynie zawieranie umów o arbitraż. „Zwrot »umowy o arbitraż« użyty dla określenia zakresu umocowania, występuje wówczas w roli kryterium »rodzajowości pełnomocnictwa.« – por. J. Pazdan, *Umocowanie do zawarcia...*, s. 304.

¹²⁰ Por. S. Dałka, *Sądownictwo polubowne...*, s. 59-60 oraz S. Dałka, [w:] K. PiasECKI, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 803; podobnie A. Monkiewicz, *Zapis na sąd polubowny*, R.Pr. 2001, nr 5, s. 43; K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne...*, s. 18; E. Samsel, *Forma...*, s. 87-88.

¹²¹ R. Kulski, *Umowy procesowe...*, s. 197, 200; J. Pazdan, *Umocowanie do zawarcia...*, s. 304-305; M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż...*, s. 17.

¹²² R. Kulski, *Umowy procesowe...*, s. 197; podobnie R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 159. Dlatego istnienie umocowania pełnomocnika do dokonania poszczególnej czynności lub do czynności prawnych określonego rodzaju z zakresu prawa cywilnego powinno być traktowane jako źródło dorozumianego umocowania także do sporządzenia zapisu na sąd polubowny co do sporów mogących powstać na tle stosunku kreowanego przez czynność prawną dokonaną przez pełnomocnika. Jeśli chodzi natomiast o pełnomocnictwo ogólne, to daje ono prawo do sporządzenia umowy o arbitraż w stosunku do sporów mogących wynikać z czynności nieprzekraczających zwykłego zarządu (czynności objętych umocowaniem wynikającym z takiego pełnomocnictwa). – por. M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż...*, s. 17; podobnie J. Pazdan, *Umocowanie do zawarcia...*, s. 304-306.

nomocnictwa, o którym jest mowa w art. 98 k.c., a więc zarówno do przypadku udzielenia pełnomocnictwa szczególnego, jak i do pełnomocnictwa ogólnego lub rodzajowego, pomimo iż wnioski takie nie wynikają wyraźnie z treści art. 1167 k.p.c.¹²³ Z poglądem tym nie zgadza się P. Bielarczyk¹²⁴.

Nadal aktualne wydaje się być stanowisko wyrażane dotąd w doktrynie, że pełnomocnictwo procesowe nie upoważnia do zawarcia zapisu na sąd polubowny¹²⁵. Nie można bowiem przyjąć, że zapis jest czynnością łączącą się ze sprawą w znaczeniu przyjętym w treści art. 91 pkt 1 k.p.c., ponieważ odniesieniem ma być tutaj sprawa prowadzona przed sądem państwowym¹²⁶. Podkreślić należy, że powyższy pogląd odnosi się zarówno do przedsiębiorców, jak i podmiotów o charakterze nieprofesjonalnym, ponieważ przepis obowiązujący obecnie art. 1167 k.p.c. nie reguluje kwestii związanych z pełnomocnictwem procesowym.

Ponadto, pomimo restrykcyjnych poglądów doktryny i judykatury dotyczących formy pełnomocnictwa do zawarcia umowy arbitrażowej, możliwa jest (zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1947 r.¹²⁷) konwalidacja zapisu na sąd polubowny zawartego przez osobę niemającą odpowiedniego pełnomocnictwa (tzw. rzekomy pełnomocnik, *falsus procurator*). W tym celu, zgodnie z treścią art. 103 § 1 k.c., podmiot, w którego imieniu został zawarty zapis, musi złożyć odpowiednie oświadczenie. W świetle art. 63 § 2 k.c. wymagana jest przy tym forma, która znajduje zastosowanie w odniesieniu do samego zapisu¹²⁸.

¹²³ J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 390; R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 160.

¹²⁴ P. Bielarczyk, *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego*, MoP 2005, nr 22 – dodatek, s. 8.

¹²⁵ S. Dalka, *Sądownictwo polubowne...*, s. 60 oraz S. Dalka, [w:] K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 803; podobnie A. Monkievicz, *Zapis na sąd...*, s. 43; K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne...*, s. 18.

¹²⁶ J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 390-391.

¹²⁷ Orzeczenie SN z 27 maja 1947 r., C III 81/47 (Zb. Orz. 1948, nr I, poz. 17).

¹²⁸ Por. J. Ciszewski, T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 391; R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, s. 161.

b) regulacja niemiecka

Również prawo niemieckie przewiduje możliwość udzielenia zarówno pełnomocnictwa do czynności prawnych (§ 167 i nast. BGB), jak i pełnomocnictwa procesowego (§ 80 i nast. ZPO). W Niemczech nie istnieje wprawdzie ustawy podział na szczególne rodzaje pełnomocnictwa do czynności prawnych, lecz doktryna stworzyła tutaj klasyfikację podobną do polskiej: pełnomocnictwo ogólne – obejmujące umocowanie do wszystkich czynności, których można dokonać przez przedstawiciela (*Generalvollmacht*), pełnomocnictwo rodzajowe – upoważniające do podjęcia konkretnego rodzaju czynności (*Artvollmacht* lub *Gattungsvollmacht*) i pełnomocnictwo szczególne – do dokonania określonej czynności prawnej (*Spezialvollmacht*)¹²⁹. Przepisy ZPO nie zawierają jednak regulacji odpowiadającej treści art. 1167 k.p.c., odnoszącej się do przedsiębiorców.

Zdaniem przedstawicieli doktryny niemieckiej, upoważnienie do zawarcia umowy arbitrażowej może zostać udzielone w drodze pełnomocnictwa umownego (§ 167 BGB)¹³⁰. Sytuację taką należy zawsze oceniać według ogólnych przepisów prawa materialnego (§ 164 i nast. BGB)¹³¹. W literaturze niemieckiej przeważa pogląd, że niezbędne jest udzielenie w tym przedmiocie pełnomocnictwa szczególnego¹³². Odosobnione pozostaje natomiast zdanie P. Schlossera, który uważa, że pełnomocnictwo do zawarcia umowy materialnoprawnej upoważnia w zasadzie również do zawarcia w niej klauzuli arbitrażowej¹³³.

Przeważająca część literatury niemieckiej podnosi, podobnie jak przedstawiciele doktryny polskiej, że pełnomocnictwo procesowe zgodnie z treścią przepisu § 81 ZPO upoważnia wprawdzie do zawarcia ugody,

¹²⁹ H. Dörner [w:] R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, s. 159.

¹³⁰ I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1744; podobnie L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht...*, s. 1257.

¹³¹ K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, s. 35; podobnie P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO...*, s. 417; R. Geimer, [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2342.

¹³² I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1752; podobnie R. Geimer, [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2357.

¹³³ P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO...*, s. 388.

nie zezwala jednak na dokonanie zapisu na sąd polubowny¹³⁴. Uważa się, że pojęcie „sporu prawnego” użyte w treści tego przepisu odnosi się do procesu przed sądem powszechnym, a nie polubownym¹³⁵.

Także podobnie jak w Polsce, w przypadku braku pełnomocnictwa możliwe jest zastąpienie go przez udzielenie następczej zgody do zawarcia umowy arbitrażowej (§ 177 BGB)¹³⁶. Inaczej jednak niż polska doktryna i judykatura, przedstawiciele literatury niemieckiej podnoszą, że może ono nastąpić również konkludentnie, przez samo podjęcie działań przed sądem polubownym¹³⁷. Na podstawie treści § 1031 ust. 6 ZPO należy bowiem wnioskować, że zawarcie zapisu na sąd polubowny w taki sposób nie uchybia przepisom regulującym formę umowy arbitrażowej¹³⁸.

¹³⁴ L. Rosenberg, K.H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht...*, s. 1257; podobnie K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, s. 35; P. Schlosser, [w:] F. Stein, M. Jonas, *ZPO...*, s. 417; R. Geimer, [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2342.

¹³⁵ J. Münch, [w:] G. Lücke, P. Wax, *Münchener...*, s. 1018; podobnie I. Saenger, [w:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung...*, s. 1744.

¹³⁶ J. Münch, [w:] G. Lücke, P. Wax, *Münchener...*, s. 1018.

¹³⁷ K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit...*, s. 36.

¹³⁸ R. Geimer, [w:] R. Zöllner, *Zivilprozessordnung...*, s. 2342.